



Universidad  
de Alcalá

# **TÍTULO DEL TRABAJO**

**DELITOS CONTRA LOS DERECHOS DE LOS CIUDADANOS  
EXTRANJEROS Y SU DELIMITACIÓN CON EL DELITO DE  
TRATA DE SERES HUMANOS**

**CRIMES AGAINST THE RIGHTS OF FOREIGN CITIZENS AND  
THEIR DELIMITATION WITH THE CRIME OF TRAFFICKING  
IN HUMAN BEINGS**

## **Máster Universitario en Acceso a la Profesión de Abogado**

Presentado por:

Doña BRIGITTE EVELYN RIVERA ARRIETA

Dirigido por:

Dra. Doña RAQUEL ROSO CAÑADILLAS

Alcalá de Henares, a 8 de marzo de 2021

## RESUMEN

En este trabajo abordaremos, desde un punto de vista jurídico, el Título XV bis del Código Penal denominado “Delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros” que regula el tráfico ilícito de migrantes.

Empezaremos analizando el concepto, tanto a nivel internacional como nacional. Una vez definido el delito, procederemos a la determinación del bien jurídico protegido elaborando un análisis del tipo básico, subtipos agravados y atenuado. Después explicaremos la ausencia de responsabilidad del migrante que ha sido objeto del tráfico ilegal, la responsabilidad de las personas jurídicas y el supuesto de ayuda humanitaria como causa de exención de la responsabilidad.

Tal y como se pone de manifiesto en el título del trabajo, abordaremos la cuestión relativa a la delimitación existente entre los delitos de tráfico ilegal de migrantes y trata de seres humanos, analizando las diversas reformas que ha sufrido el Código Penal para comprender la evolución de ambos delitos. Por último, desarrollaremos cuestiones concursales.

**Palabras claves:** Tráfico, migrante, consentimiento, flujos migratorios, derechos de los extranjeros, ayuda humanitaria, trata.

## ABSTRACT

In this work we will address, from a legal point of view, Title XV bis of the Penal Code called “Crime against the rights of foreign citizens” that regulates the smuggling of migrants.

We will start by analyzing the concept, both internationally and nationally. Once the crime is defined, we will proceed to the determination of the protected legal asset, elaborating an analysis of the basic type, aggravated and attenuated subtypes. Then we will explain the absence of responsibility of the migrant who has been the object of illegal trafficking, the responsibility of legal persons and the assumption of humanitarian aid as a cause of exemption from responsibility.

As shown in the title of the work, we will address the issue of the existing delimitation between the crimes of illegal smuggling of migrants and trafficking in human

beings, analyzing the various reforms that the Penal Code has undergone to understand the evolution of both crimes. Finally, we will develop bankruptcy issues.

**Keywords:** Trafficking, migrant, consent, migratory flows, foreigners' rights, humanitarian aid, trafficking.

# ÍNDICE

---

## ABREVIATURAS

## INTRODUCCIÓN

- 1. El delito de tráfico ilegal de migrantes en el ámbito internacional**
  - 1.1 Concepto normativo internacional**
  - 1.2 Carácter transnacional del delito**
- 2. El delito de tráfico ilegal de migrantes en el Código Penal**
  - 2.1 Bien jurídico protegido**
  - 2.2 Tipo básico**
    - 2.2.1 Conducta típica**
    - 2.2.2 Consentimiento del migrante**
    - 2.2.3 Sujetos**
    - 2.2.4 Elemento subjetivo: dolo**
  - 2.3 Subtipos agravados**
    - 2.3.1 Ánimo de lucro**
    - 2.3.2 Pertenencia a una organización criminal**
    - 2.3.3 Peligro para la vida o integridad física de la persona**
    - 2.3.4 Prevalimiento de la condición de autoridad, agente de ésta o funcionario público**
  - 2.4 Subtipo atenuado**
- 3. Ausencia de responsabilidad penal del migrante objeto de tráfico ilegal**
- 4. Responsabilidad penal de la persona jurídica**
- 5. Exención de la responsabilidad penal en el supuesto de ayuda humanitaria**
- 6. El delito de tráfico ilegal de migrantes y su delimitación con el delito de trata de seres humanos**
  - 6.1 Reforma del Código Penal operada por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio.**
  - 6.2 Reforma del Código Penal operada por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo.**
  - 6.3 Delimitación entre ambos delitos**
  - 6.4 Caso práctico**

**7. Cuestiones concursales**

**7.1 Tráfico ilegal de migrantes y trata de seres humanos (Arts. 318 bis y 177 bis, apartado 9)**

**7.2 Tráfico ilegal de migrantes y otros delitos**

**8. Conclusiones**

**9. Bibliografía**

**10. Legislación**

**11. Jurisprudencia**

## ABREVIATURAS

AA	Actualidad Administrativa, cit., 1130-9946, 1985.
BOE	Boletín Oficial del Estado.
Convención	Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, 2000.
CP	Código Penal.
Decisión marco	Decisión Marco 2002/946/JAI del Consejo de 28 de noviembre de 2002 destinada a reforzar el marco penal para la represión de la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregulares.
Directiva	Directiva 2002/90/CE del Consejo de 28 de noviembre de 2002 destinada a definir la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregulares.
EPCrim	Estudios Penales y Criminológicos, cit., 1137-7550, 1977.
InDret	Revista para el Análisis del Derecho, cit., 1698-739X, 2000.
p./pp.	Página/s
Protocolo	Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire, 2000.
RDPCrim	Revista de Derecho Penal y Criminología, cit., 1132-9955, 1992.
RECPC	Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, cit., 1695-0194, 1999.
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
TS	Tribunal Supremo
UE	Unión Europea

## INTRODUCCIÓN

En el presente trabajo abordaremos el tema relativo al tráfico ilegal de migrantes, que se puede definir como la ayuda proporcionada a una persona no nacional de un país para que ésta acceda de forma ilegal.

El actual fenómeno migratorio es un tema bastante complejo que, sin duda, se ha convertido en un grave problema para la sociedad por dos motivos: su gran aumento descontrolado y la violación de los derechos individuales que sufren los migrantes, cuya lesión se produce como consecuencia de las condiciones peligrosas en las que son trasladados. Son diversas las causas que originan éste fenómeno migratorio, aunque, habitualmente, los motivos que lo propician son de orden socioeconómico o bélicos.

Esa preocupación del constante aumento de los flujos migratorios fue lo que motivó la reacción de los Estados, tanto a nivel internacional como nacional. Consecuentemente, en España se procede a la redacción, aprobación y entrada en vigor de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, con la finalidad de reorganizar y controlar los constantes flujos migratorios y lograr una protección e integración social de los extranjeros. Asimismo, la ley se manifiesta sobre la intervención punitiva introduciendo el Título XV bis en nuestro Código Penal, que sanciona las conductas referidas al tráfico ilegal de migrantes. En definitiva, la finalidad de esta ley fue blindar a la sociedad española de las consecuencias, originadas por los flujos migratorios, que podía sufrir en distintas áreas; y, también, proteger los derechos individuales de las personas objeto de tráfico.

Por todo ello, consideramos importante analizar el delito de tráfico ilegal de migrantes, desde la perspectiva jurídica. Y, posteriormente, establecer su delimitación con el delito trata de seres humanos, dada la confusión terminológica que existía y que, posiblemente, siga existiendo debido al desconocimiento que la población tiene respecto a este tema, siendo habitual usar indistintamente el término trata o tráfico.

La metodología utilizada en este trabajo ha sido, en primer lugar, la consulta de diversas fuentes de información, en soporte físico y electrónico, tales como libros, artículo, comentarios, legislación, jurisprudencia, entre otros; en segundo lugar, hemos extraído la información que considerábamos relevante de dichas fuentes; y en tercer y último lugar, se ha procedido a la redacción del trabajo en el orden reflejado en el índice.

# 1. El delito de tráfico ilegal de migrantes en el ámbito internacional

## 1.1 Concepto normativo internacional

El concepto normativo internacional de “tráfico ilegal de migrantes” lo encontramos en el Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, hecho en Nueva York el 15 de noviembre de 2000.

Sin embargo, hasta el 2006 no se produjo la adhesión de la Unión Europea a este acuerdo internacional. En ese momento algunos Estados miembros ya eran Parte del Protocolo, por lo tanto, el proceso de ratificación se inició en los restantes Estados miembros.<sup>1</sup>

La finalidad del Protocolo es fomentar la cooperación entre los Estados Parte, para prevenir y luchar contra el tráfico ilícito de migrantes y, a su vez, buscar una protección de los derechos de los migrantes que son objeto de tráfico.<sup>2</sup>

De este modo, el artículo tres del mencionado Protocolo define el tráfico ilegal de migrantes como *“la facilitación de la entrada ilegal de una persona en un Estado Parte del cual dicha persona no sea nacional o residente permanente con el fin de obtener, directa o indirectamente, un beneficio financiero u otro beneficio de orden material”*. Este concepto se ve complementado por la definición de “entrada ilegal”, entendiéndose como tal *“el paso de fronteras sin haber cumplido los requisitos necesarios para entrar legalmente en el Estado receptor”*.<sup>3</sup>

En el marco jurídico de la Unión Europea destaca la Directiva 2002/90/CE del Consejo, destinada a definir la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia

---

<sup>1</sup> I) Decisión 2006/616/CE del Consejo, de 24 de julio de 2006, relativa a la celebración, en nombre de la Comunidad Europea, del Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional en lo que se refiere a las disposiciones del Protocolo, en la medida en que estas entran en el ámbito de aplicación de los artículos 179 y 181 A del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (DO L 262 de 22. 9.2006), y II) Decisión 2006/617/CE del Consejo, de 24 de julio de 2006, relativa a la celebración, en nombre de la Comunidad Europea, del Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional en lo que se refiere a las disposiciones del Protocolo, en la medida en que estas entran en el ámbito de aplicación de la parte III, título IV, del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (DO L 262 de 22.9.2006).

<sup>2</sup> Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, hecho en Nueva York el 15 de noviembre de 2000, art. 2.

<sup>3</sup> Ibídem, art. 3.



irregulares, la cual establece que existirá conducta delictiva, y, consecuentemente, el Estado miembro adoptará sanciones, en dos supuestos: <sup>4</sup>

- Cuando una persona ayude intencionadamente a otra que no sea nacional de un Estado miembro a entrar en el territorio de un Estado miembro o a transitar a través de éste, violando la legislación sobre entrada o tránsito de extranjeros de dicho Estado.

El carácter sancionador de la conducta delictiva podrá desaparecer, en este supuesto, si el objetivo del autor es prestar ayuda humanitaria a la persona.

- Cuando una persona ayude intencionadamente, con ánimo de lucro, a una persona que no sea nacional de un Estado miembro a permanecer en el territorio de un Estado miembro, quebrantando la legislación sobre estancia de extranjeros de dicho Estado.

Asimismo, la Directiva obliga a sancionar diversas modalidades del delito, tales como la inducción, participación y tentativa.

También cabe destacar la Decisión Marco 2002/946/JAI del Consejo relativa a reforzar el marco penal para la represión de la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregulares, que establece la obligación de los Estados de aplicar sus sistemas punitivos contra aquellas personas que cometan conductas delictivas que favorezcan la comisión de actividades criminales relacionadas con la migración ilegal.<sup>5</sup> Por lo tanto, los Estados miembros deberán adoptar las sanciones necesarias para velar por las infracciones que define la Directiva.<sup>6</sup>

De estas fórmulas internacionales se desprende el concepto de tráfico ilegal, entendiendo como tal la ayuda a la entrada, tránsito o permanencia ilegal en un Estado miembro de una persona que no es nacional del mismo<sup>7</sup>, cuya finalidad es la obtención de un beneficio, ya sea de carácter económico o material.

---

<sup>4</sup> Directiva 2002/90/CE del Consejo de 28 de noviembre de 2002 destinada a definir la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregulares. Diario Oficial de las Comunidades Europeas L 328/17 de 5.12.2002, art. 1 y 2.

<sup>5</sup> ÚBEDA-PORTUGUÉS, Nova et Véter, Vol. 20, 64 (2011), p. 146.

<sup>6</sup> Decisión Marco 2002/946/JAI del Consejo de 28 de noviembre de 2002 destinada a reforzar el marco penal para la represión de la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregulares. Diario Oficial de las Comunidades Europeas L 328/1 de 5.12.2002.

<sup>7</sup> TORRES FERNÁNDEZ, La Ley, 6491 (2006), p. 4.

## 1.2 Carácter transnacional del delito

El delito de tráfico ilícito de migrantes tiene naturaleza transnacional, es decir, se caracteriza por traspasar las fronteras de un Estado; por ende, supone la trascendencia del ámbito nacional del mismo. Por lo tanto, en la comisión del delito transnacional es necesaria la existencia de una persona extranjera que acceda de forma ilegal a un Estado del cual no es nacional.

El componente transnacional del delito se ve reflejado en el Protocolo, estableciendo su ámbito de aplicación en la prevención, investigación y penalización de delitos que tengan carácter transnacional e impliquen la participación de un grupo delictivo organizado, además de la protección de los derechos de las personas objeto del delito.<sup>8</sup>

En este sentido, la Convención establece los supuestos en los que el delito tendrá la consideración de transnacional:<sup>9</sup>

- a) El delito se comete en más de un Estado.
- b) El delito se perpetra en un Estado, pero la preparación, planificación, dirección o control se realiza en otro distinto.
- c) El delito se ejecuta en un Estado, sin embargo, incluye la participación de un grupo delictivo organizado que opera en más de un Estado.
- d) El delito se comete en un Estado produciendo efectos en otro Estado.

Resulta evidente que la transnacionalidad del delito añade mayor dificultad a su persecución y sanción, por ello, es fundamental la colaboración y cooperación de los Estados para lograr la eficacia de las medidas establecidas en las normas internacionales, cuya finalidad es batallar contra este delito.

Serán diversos los métodos utilizables para lograr la cooperación entre Estados; tales como, mejorar los canales de comunicación entre autoridades, organismos y

---

<sup>8</sup> Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, hecho en Nueva York el 15 de noviembre de 2000, art. 4.

<sup>9</sup> Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional. Resolución 55/25 de la Asamblea General, de 15 de noviembre de 2000, art. 3.

servicios competentes, cooperación para realizar indagaciones, proporcionar información necesaria para investigaciones, e intercambio de información, entre otros.<sup>10</sup>

## **2. El delito de tráfico ilegal de migrantes en el Código Penal**

La Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, a través de su Disposición Final Segunda, introduce en nuestro Código Penal el Título XV bis bajo la rúbrica “Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros”. El mencionado Título contiene un único precepto, el 318 bis, que será objeto de diversas reformas.

Esta LO 4/200 ha sido una norma muy discutida en su esencia y contenido, tanto antes, como después de su aprobación y entrada en vigor. Es característica destacable la ausencia de una exposición de motivos, lo cual nos conduce al desconocimiento del sentido y vocación de la misma.<sup>11</sup>

La primera reforma que sufrió el artículo 318 bis se atribuye a la Comisión Técnica constituida en el seno del Ministerio de Justicia para el estudio de la reforma del sistema de penas del CP, así se refleja en la Disposición Adicional Primera de la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, que solicitó a la mencionada Comisión Técnica el análisis de esta cuestión en relación con los delitos de tráfico ilegal de personas.<sup>12</sup> La disposición establece textualmente lo siguiente:

*“Los Ministerios de Justicia y del Interior adoptarán las medidas necesarias para que la Comisión Técnica, constituida en el seno del Ministerio de Justicia para el estudio de la reforma del sistema de penas del Código Penal, examine las modificaciones necesarias en relación con los delitos de tráfico ilegal de personas, en particular en los casos en los que intervengan organizaciones que, con ánimo de lucro, favorezcan dicho tráfico”.*

---

<sup>10</sup> Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional. Resolución 55/25 de la Asamblea General, de 15 de noviembre de 2000, art. 27.

<sup>11</sup> SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, Delitos, 2002, p. 31.

<sup>12</sup> ORTEGA MARTÍN, Manual práctico, 2010, pp. 686 y 687.

Por lo tanto, esa carencia de exposición de motivos de la LO 4/2000 se subsana con la reforma operada por la LO 8/2000, refiriéndose brevemente a los aspectos penales de la normativa.<sup>13</sup> Únicamente se especifica que el contenido de la ley está dirigido a la organización de medidas relativas a la lucha contra la inmigración ilegal y al perfeccionamiento de los mecanismos establecidos para eludirla.<sup>14</sup>

Posteriormente, la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de Medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros, aumenta considerablemente las penas previstas en el artículo 318 bis del CP, además de introducir sustanciales modificaciones. Asimismo, este precepto será modificado por las reformas operadas por las Leyes Orgánicas 13/2007, de 19 de noviembre, 5/2010, de 22 de junio, y 1/2015, de 30 de marzo, por las que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, que veremos más adelante.

Para concluir, podemos afirmar que la finalidad de la Ley de derechos y libertades de los extranjeros en España es esbozar un régimen sancionador que abarque las infracciones y sanciones administrativas, y un régimen penal complementario<sup>15</sup>; y, así, lograr combatir el tráfico ilegal de migrantes y luchar contra las redes que operan en este terreno.<sup>16</sup>

Por consiguiente, el régimen sancionador administrativo y penal que elabora esta ley, delimita claramente dos conceptos distintos de ilicitud; por un lado, en el ámbito administrativo nos encontramos con la figura de “inmigrante ilegal” que hace referencia al sujeto que infringe la normativa administrativa, por otro, la figura de “sujeto pasivo” en los supuestos de tráfico ilegal de personas.<sup>17</sup>

## **2.1 Bien jurídico protegido**

Para la interpretación de una norma de la Parte Especial del Derecho Penal es fundamental la determinación del bien jurídico protegido. En nuestro caso, en el análisis

---

<sup>13</sup> SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, Delitos, 2002, p. 31.

<sup>14</sup> MASSO GARROTE, AA, 11 (2001), pp. 241-259.

<sup>15</sup> SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, Delitos, 2002, p. 32.

<sup>16</sup> ORTEGA MARTÍN, Manual Práctico, 2010, p. 686.

<sup>17</sup> SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, Delitos, 2002, pp. 34 y 35.

del artículo 318 bis, la fijación del objeto de tutela será una labor compleja y un tanto confusa.<sup>18</sup>

La complejidad y confusión mencionadas derivan de diversos factores que producen una indefinición de la norma. Por un lado, la carencia de exposición de motivos de la LO 4/2000, que no justifica la creación de la norma, incorpora un componente de indefinición en relación con el planteamiento. Dicha carencia parece ser solventada con la reforma operada por la LO 8/2000 que contiene una exposición de motivos, aunque con un contenido escueto, por lo tanto, tampoco es de gran ayuda a la cuestión de estudio. Por otro lado, también supone una complejidad para la determinación del bien jurídico protegido la discordancia existente entre la rúbrica el Título XV bis del CP que enuncia “Los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros” y el contenido literal de su único artículo 318 bis; esto se debe a que no se concreta cuáles son los derechos de los extranjeros, ni cuales son los extranjeros a los que se les reconoce esos derechos y que, por lo tanto, serán beneficiarios de esta protección. En definitiva, este nivel de indefinición normativa nos permitirá elegir determinados intereses o grupos de intereses.<sup>19</sup>

Antes de la reforma ejecutada por la LO 5/2010 convivían diversas posturas. De este modo, parte de la doctrina indicaba que el bien jurídico protegido era de naturaleza individual, como son los derechos individuales de los ciudadanos extranjeros; otros autores estaban a favor de la naturaleza colectiva relativa al interés estatal en el control de los flujos migratorios. También existían posturas contrapuestas en el momento de determinar si nos encontrábamos ante un único bien jurídico protegido, ya sea individual o colectivo; o, ante un delito pluriofensivo que produciría la lesión de derechos individuales y colectivos.<sup>20</sup>

Así, un autor que destaca a favor de la naturaleza individual del bien jurídico protegido es SERRANO-PIEDECASAS cuando afirma que el bien jurídico protegido por el artículo 318 bis del CP es el derecho de los extranjeros a alcanzar la plena integración social, es decir, el derecho del extranjero de disfrutar los distintos derechos que regula la LO 4/2000.<sup>21</sup>

---

<sup>18</sup> SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, Delitos, 2002, pp. 39 y 40.

<sup>19</sup> Ibídem, pp. 41-44.

<sup>20</sup> SALINERO ECHEVARRÍA, Revistas jurídicas UNAM, 155 (2019), p. 1022.

<sup>21</sup> SERRANO-PIEDECASAS, Manuales de colección continuada, 5 (1999), pp. 385 -386.

En oposición a SERRANO-PIEDECASAS y a favor de la naturaleza colectiva del bien jurídico protegido se manifiesta RODRIGUEZ MONTAÑES, quien declara que el bien jurídico tutelado es un bien jurídico supraindividual institucionalizado del orden socioeconómico, justificando su postura en la siguiente afirmación: los bienes jurídicos individuales son tutelados por los mismos preceptos penales que tutelan los derechos de los ciudadanos españoles, debido a la inexistencia de diferenciación entre nacionales y extranjeros legales o ilegales a efectos de protección penal.<sup>22</sup>

En relación con los autores que indicaban estar ante un tipo pluriofensivo, lesionándose tanto los derechos individuales como colectivos, cabe destacar a LAURENZO COPELLO quien afirma que el bien jurídico protegido es doble; por un lado, existe un bien jurídico individual como es la integridad moral de los ciudadanos extranjeros y, por otro, un bien jurídico de carácter supraindividual refiriéndose al interés estatal en el control de los flujos migratorios.<sup>23</sup> MAYORDOMO RODRIGO también aboga por una protección doble, afirma que el bien jurídico predominante es el legítimo interés del Estado en controlar los flujos migratorios, sin embargo, también se protegen los derechos individuales de los migrantes.<sup>24</sup>

Ley Orgánica 5/2010, en su preámbulo, pone de manifiesto que el bien jurídico protegido en este tipo de delitos es la defensa de los intereses del Estado en el control de los flujos migratorios, es decir, un interés estatal de naturaleza colectiva.<sup>25</sup> Es a partir de esta reforma, cuando la doctrina mayoritariamente entiende el control de los flujos migratorios como el bien jurídico protegido por el delito de tráfico ilegal de migrantes.<sup>26</sup>

En este sentido, la jurisprudencia del Tribunal Supremo se ha pronunciado reiteradamente a favor del control de los flujos migratorios como el bien jurídico tutelado del delito de tráfico ilegal de migrantes. Así lo ratifica la STS 536/2016, de 17-6: “[...] *todo ello con la finalidad de respetar la unidad del Derecho Europeo en una materia de interés común, como es el control de los flujos migratorios*”.<sup>27</sup> Y, también, la STS 482/2016, de 3-6: “[...] *sancionándose esencialmente la vulneración de la normativa reguladora de la entrada, tránsito o permanencia de extranjeros en el territorio de la*

---

<sup>22</sup> RODRÍGUEZ MONTAÑES, La Ley, 5261 (2001), pp. 1736 y 1737.

<sup>23</sup> LAURENZO COPELLO, RDPCrim., 12 (2003), pp. 63-93.

<sup>24</sup> MAYORDOMO RODRIGO, EPCrim., Vol. XXXI (2011), p. 329.

<sup>25</sup> Preámbulo de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. BOE, núm. 152, de 23 de junio de 2010.

<sup>26</sup> SALINERO ECHEVARRÍA, Revistas jurídicas UNAM, 155 (2019), p. 1022.

<sup>27</sup> STS 536/2016, 17-6.

*Unión (Directiva 2002/90/CE, del 28 de noviembre, y Decisión Marco 2002/946/JAI) [...]”.*<sup>28</sup>

El TS, en las referidas sentencias, también se ha manifestado en relación con los derechos de los ciudadanos extranjeros, exponiendo que solo se protegerán de forma colateral esos derechos en caso de grave peligro para la vida o integridad física de la persona. De este modo, la STS 536/2016, de 17-6, afirma: *“Y solo en los supuestos agravados de puesta en peligro de la vida o la integridad del inmigrante, se atiende además al bien jurídico pregonado en la rúbrica del título, como Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros”*. Y, la STS 482/2016, 3-6: *“[...] sin perjuicio de amparar también los derechos de los ciudadanos extranjeros de un modo más colateral”*.

En definitiva, lo que se pretende proteger es el interés público en el correcto control de fronteras y la sociedad española de las posibles consecuencias negativas que una inmigración descontrolada podría provocar en distintos ámbitos<sup>29</sup>; y, de forma complementaria, la protección de derechos de los extranjeros.

Por último, es importante mencionar que el preámbulo de la LO 1/2015, que modifica el CP, no se manifiesta respecto del bien jurídico protegido del delito de tráfico de migrantes.

## **2.2 Tipo básico**

El tipo básico del delito de tráfico ilegal de migrantes se encuentra regulado en el artículo 318 bis, apartados 1, párrafo 1.º, y 2.º, del CP. Dicho precepto dispone lo siguiente:<sup>30</sup>

*“1. El que intencionadamente ayude a una persona que no sea nacional de un Estado miembro de la Unión Europea a entrar en territorio español o a transitar a través del mismo de un modo que vulnere la legislación sobre entrada o tránsito de extranjeros, será castigado con una pena de multa de tres a doce meses o prisión de tres meses a un año.*

*2. El que intencionadamente ayude, con ánimo de lucro, a una persona que no sea nacional de un Estado miembro de la Unión Europea a permanecer en España,*

---

<sup>28</sup> STS 482/2016, 3-6.

<sup>29</sup> ORTEGA MARTÍN, Manual Práctico, 2010, p. 692.

<sup>30</sup> Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. BOE, núm. 77, de 31 de marzo de 2015.

*vulnerando la legislación sobre estancia de extranjeros será castigado con una pena de multa de tres a doce meses o prisión de tres meses a un año.”*

### **2.2.1 Conducta típica**

En un comienzo, cuando la Disposición Final Segunda de la LO 4/2000 introdujo el Título XV bis, artículo 318 bis, en nuestro CP, los términos empleados para describir la conducta típica del delito de tráfico ilegal de migrantes eran promover, favorecer o facilitar; así lo regulaba el precepto: *“Los que promuevan, favorezcan o faciliten el tráfico ilegal de personas desde, en tránsito o con destino a España...”*.<sup>31</sup>

Era evidente la gran amplitud de los términos, que englobaban las conductas punibles del delito, esto evidenciaba la voluntad del legislador de incluir en el tipo delictivo todas las conductas que contribuyan o puedan contribuir al traslado o tránsito de personas, además de abarcar todas las posibilidades espaciales en las que se puede manifestar el tránsito “desde, en tránsito o con destino a...”. Esta amplitud planteaba un doble problema; por un lado, se cuestionaba cuál era el contenido mínimo de lesividad que daba importancia a la promoción, favorecimiento o facilitación dentro del amplio abanico de conductas al que hace referencia el precepto; y, por otro, también se debatía cuándo se producía la consumación del delito.<sup>32</sup> Dichas cuestiones, difíciles de resolver, conducían a una inexacta delimitación de los términos que describe el tipo.

Con la entrada en vigor de la LO 1/2015, se prescinde de esa fórmula por ser demasiado amplia e imprecisa, sustituyéndose los términos “promover, favorecer o facilitar” por la expresión “ayudar”. De este modo, en esta nueva regulación la conducta típica consistirá en ayudar, de forma intencionada, a una persona no nacional de un Estado miembro de la UE a entrar, transitar o permanecer en territorio español, burlando la legislación vigente.

En tal sentido se manifiesta la STS 536/2016, de 17-6: *“Lo que se sanciona es la ayuda intencionada a la entrada o tránsito en territorio español de los inmigrantes ajenos a la Unión Europea, con vulneración de la normativa legal reguladora, así como a su*

---

<sup>31</sup> Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. BOE, núm. 10, de 12 de enero de 2000.

<sup>32</sup> SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, Delitos, 2002, pp. 87-94.



*permanencia en nuestro territorio, en este caso solamente cuando la conducta se realice con ánimo de lucro... ”.* <sup>33</sup>

Para una mayor comprensión es necesario explicar, individualmente, las diversas formas de ayuda que componen la conducta típica<sup>34</sup>:

- Por un lado, el apartado 1 del mencionado artículo 318 bis hace referencia a la conducta de ayudar intencionadamente a una persona no nacional de un Estado miembro de la UE a entrar en territorio español o a transitar a través de éste, violando la legislación sobre entrada o tránsito de extranjeros.
- Y por otro, el apartado 2 se refiere a la acción de ayudar, también intencionadamente, a una persona no nacional de un Estado miembro de la Unión Europea a permanecer en territorio español, vulnerando la legislación sobre estancia de extranjeros. A diferencia del apartado 1, este comportamiento está supeditado a la concurrencia de un ánimo de lucro en el autor.

En ambos supuestos, tal y como se desprende del precepto, se aplicará una pena de multa de tres a doce meses o prisión de tres meses a un año.

Por último, cuando hablamos de la legislación sobre la entrada, tránsito y estancia de extranjeros, debemos acudir a la LO 4/2000 que establece los requisitos que deberán cumplir los extranjeros en estos supuestos: <sup>35</sup>

- Entrada en territorio español.
  - Acceder por los puestos habilitados con pasaporte o documento de viaje que acredite la identidad.
  - No estar sujeto a prohibiciones.
  - Poseer documento que justifique objeto y condiciones de estancia.
  - Acreditar medios de vida suficientes para el tiempo de permanencia en territorio español.
  - Portar visado, ya sea de tránsito, estancia, residencia, trabajo, estudios o investigación, salvo en los casos que se establezca lo contrario en convenios internacionales suscritos por España o en la normativa de la UE,

---

<sup>33</sup> STS 536/2016, 17-6.

<sup>34</sup> POMARES CINTAS, Revista de Estudios Jurídicos UNESP, 29 (2015), pp. 12-14.

<sup>35</sup> Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. BOE, núm. 10, de 12 de enero de 2000.

cuando el extranjero tenga TIE, autorización de regreso o solicite acogerse al derecho de asilo.

- Se podrá autorizar la entrada en territorio español a los extranjeros que no reúnan las condiciones exigidas cuando concurran causas excepcionales.
- Estancia y residencia en territorio español.
  - Estancia: posibilidad de permanecer en España un periodo de tiempo no superior a 90 días. Transcurrido este plazo es necesario solicitar una prórroga de estancia o permiso de residencia.
  - Residencia: extranjero titular de una autorización para residir.

Por lo tanto, la entrada, tránsito y estancia en España fuera de estos límites son considerados ilegales. Afirmación corroborada por la STS 1059/2005, de 28-9: *“El tráfico será ilegal por producirse al margen de las normas establecidas para el cruce legítimo de las fronteras o con fraude de esas normas [...]”*.<sup>36</sup> Y, también, por la STS 512/2016, 10-6: *“La ilegalidad resulta patente en todos los casos de paso clandestino evitando los puestos habilitados e impidiendo el control del acceso por las autoridades”*.<sup>37</sup>

### **2.2.2 Consentimiento del migrante**

Es inherente al delito de tráfico ilegal de migrantes la libertad de decisión de la persona objeto de tráfico, es decir, es imprescindible que dicha persona preste su consentimiento para que el autor pueda llevar a cabo la conducta típica. Por lo tanto, no será válida, en el desarrollo de la conducta, la utilización de medios o técnicas que limiten o anulen por completo la libertad de decisión de la persona objeto del tráfico.<sup>38</sup> Así lo afirma la STS 512/2016, de 10-6: *“[...]es consustancial al nuevo contenido del art 318 bis, contar con el consentimiento de quien es así introducido en nuestro territorio [...]”*.<sup>39</sup>

Como se observa, para referirnos al migrante se emplea el término “migrante objeto de tráfico ilegal”, y no el concepto de “víctima”, ya que el migrante se somete al

---

<sup>36</sup> STS 1059/2005, 28-9.

<sup>37</sup> STS 512/2016, 10-6.

<sup>38</sup> POMARES CINTAS, Revista de Estudios Jurídicos UNESP, 29 (2015), p. 5.

<sup>39</sup> STS 512/2016, 10-6.

acto de forma voluntaria. Sin perjuicio de llegar a ser víctima de otros delitos durante el curso del tráfico.<sup>40</sup>

En definitiva, el tráfico ilegal de migrantes se basa en el consentimiento del extranjero, traducido en el acuerdo de llevar a cabo el cruce ilegal de fronteras. Y, en ningún caso, el ánimo de lucro ni la intervención de una organización criminal supondrán la invalidación del consentimiento.<sup>41</sup>

### 2.2.3 Sujetos

El sujeto activo del delito de tráfico ilegal de migrantes puede ser cualquier persona, ya sea física o jurídica. Por lo tanto, no se establece ninguna limitación respecto al sujeto, pudiendo ser una persona nacional o extranjera que realice la conducta típica, descrita anteriormente, consistente en ayudar de forma intencionada a una persona no nacional de un Estado miembro de la UE a entrar, transitar o permanecer en territorio español.<sup>42</sup>

Por el contrario, la figura del sujeto pasivo siempre ha sido una cuestión bastante debatida. Existían posturas contrapuestas en la determinación del sujeto pasivo, ya que parte de la doctrina consideraba sujeto pasivo al Estado; y, en contraposición, otra parte mayoritaria entendía que el sujeto pasivo era el extranjero.<sup>43</sup>

Sin embargo, a pesar del posicionamiento de la doctrina a favor del extranjero como sujeto pasivo, había confusión en relación con el término “extranjero”, ya que se cuestionaba quién tenía tal consideración. Diversos autores, como VILLACAMPA ESTIARTE, descartan la posibilidad de considerar a un nacional como sujeto pasivo del delito, debido a que entienden que la ilegalidad del desplazamiento de los migrantes objeto de tráfico es una característica evidente del tipo delictivo, por lo tanto, esta circunstancia no es atribuible a una persona que posee total libertad de circulación dentro, hacia o desde el territorio español.<sup>44</sup> Por el contrario, otros, como SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS manifiestan que los españoles pueden ser sujetos pasivos, en la medida en que les pueda ser extendida la consideración de ciudadanos extranjeros, adquiriendo tal

---

<sup>40</sup> Ley modelo contra el tráfico ilícito de migrantes, Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, 2010, pp. 20 y 21.

<sup>41</sup> POMARES CINTAS, Revista de Estudios Jurídicos UNESP, 29 (2015), pp. 5 y 9.

<sup>42</sup> SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, Delitos, 2002, p. 95.

<sup>43</sup> LÓPEZ CERVILLA, Boletín del Ministerio de Justicia, 1977 (2004), p. 3869.

<sup>44</sup> QUINTERO OLIVARES, Comentarios, 2002, p. 1169.

condición en el momento en el que la persona abandona el territorio español y pasa a ser extranjero de otro.<sup>45</sup>

El actual artículo 318 bis del CP, redactado conforme a la LO 1/2015, hace alusión al migrante objeto de tráfico ilegal como “la persona no nacional de un Estado miembro de la UE”. Como consecuencia de esta nueva redacción, se cierra el debate existente en relación con la determinación del sujeto pasivo, en la que se desconocía si el término “extranjero” hacía referencia solo a los extranjeros o a cualquier persona, con independencia de su nacionalidad, incluidos los españoles.<sup>46</sup>

En conclusión, en la vigente legislación, se establece que el sujeto pasivo es una persona no nacional de un Estado miembro de la UE, excluyendo a los españoles, que, además, deberá encontrarse en situación ilegal debido a su entrada, tránsito o permanencia en territorio español vulnerando la legislación de extranjería vigente.<sup>47</sup>

#### **2.2.4 Elemento subjetivo: Dolo**

La previsión legal del elemento subjetivo del delito de tráfico ilegal de migrantes limita las formas de comisión del tipo a la ejecución dolosa.<sup>48</sup> De modo que, por ausencia de tipificación expresa en la norma, no se admite la comisión por imprudencia en cualquiera de sus modalidades de ejecución.<sup>49</sup>

El dolo deberá comprender la voluntad de realizar la conducta, consistente en ayudar intencionadamente a una persona no nacional de un Estado miembro de la UE a entrar, transitar o permanecer en territorio español; y el conocimiento de la ilegalidad del desplazamiento del migrante<sup>50</sup> debido a la carencia de requisitos exigidos, dando lugar a la vulneración de la legislación vigente sobre entrada, tránsito y estancia de extranjeros. Además, en aquellos supuestos en los que la conducta consista en “ayudar a permanecer” será exigible la concurrencia de ánimo de lucro.

---

<sup>45</sup> SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, Delitos, 2002, p. 96.

<sup>46</sup> SALINERO ECHEVARRÍA, Revistas jurídicas UNAM, 155 (2019), pp. 1033-1034.

<sup>47</sup> Idem.

<sup>48</sup> SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, Delitos, 2002, p. 99.

<sup>49</sup> LÓPEZ CERVILLA, Boletín del Ministerio de Justicia, 1977 (2004), p. 3881.

<sup>50</sup> Circular 5/2011, de 2 de noviembre, sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de extranjería e inmigración, p. 26.

Tal y como manifiesta SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, el problema radica en la caracterización del dolo necesario para alcanzar el esplendor del elemento subjetivo del delito. Por ello, ha sido bastante debatida la posibilidad de admitir el dolo eventual.<sup>51</sup>

Es importante destacar, en relación con las cuestiones de error, el error de prohibición relacionado con el desconocimiento de la ilicitud de la conducta. Pues bien, en aquellos casos en los que el sujeto tenga consciencia de que existe la posibilidad de que el tráfico al que coopera pueda calificarse como ilegal, se aplicará a su favor la atenuación prevista para aquellos supuestos en que concurre el error de prohibición vencible.<sup>52</sup>

En definitiva, el dolo debe abarcar todos los elementos de la infracción y el conocimiento del autor de la ilegalidad de sus actos, por lo tanto, no es suficiente con la voluntad y conocimiento del acto, sino que es imprescindible que el autor conozca las condiciones en las que se realizará el traslado del migrante. Esta afirmación podría eliminar la posibilidad de admitir el dolo eventual en el supuesto de ayuda al tráfico ilegal de migrantes.<sup>53</sup>

### **2.3 Subtipos agravados**

Según la vigente redacción<sup>54</sup>, el artículo 318 bis, apartado 1, párrafo 3.º, y apartados 3 y 4 del CP establece determinados elementos agravantes, tales como: el ánimo de lucro, pertenencia a una organización criminal, peligro para la vida o integridad física de la persona, y prevalimiento de la condición de autoridad, agente de ésta o funcionario público, que, en caso de concurrir en la conducta típica, darán lugar a la agravación de la pena impuesta.

---

<sup>51</sup> SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, Delitos, 2002, pp. 99 y 100.

<sup>52</sup> Ibídem, pp. 100 y 101.

<sup>53</sup> Ibídem, pp. 100.

<sup>54</sup> Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. BOE, núm. 77, de 31 de marzo de 2015.

### 2.3.1 Ánimo de lucro

El elemento agravante de ánimo de lucro se encuentra regulado en el artículo 318 bis, apartado 1, párrafo 3.º, que dispone lo siguiente: *“Si los hechos se hubieran cometido con ánimo de lucro se impondrá la pena en su mitad superior”*.<sup>55</sup>

Es imprescindible determinar la razón que justifica la utilización del ánimo de lucro como elemento agravante de la conducta delictiva. Consecuentemente, afirmamos que dicha razón se fundamenta en la mayor reprochabilidad que conlleva realizar la conducta de tráfico ilegal de migrantes con la finalidad de obtener un beneficio económico.<sup>56</sup>

Para su apreciación es suficiente con haber pactado un determinado precio, aunque este no se haya hecho efectivo, ya que el elemento que agrava la conducta típica no es el lucro efectivo sino el “ánimo” de lucro. En este aspecto se manifiesta la STS 311/2015, 26-2: *“Y al haberse concretado el pago [...] procede la agravación de actuar con ánimo de lucro”*.<sup>57</sup>

En conclusión, el elemento agravante de ánimo de lucro actuará únicamente cuando la conducta típica consista en “ayudar a entrar o transitar”, ya que en la acción de “ayudar a permanecer” no opera como elemento agravante, sino como un elemento del tipo subjetivo. Por lo tanto, en caso de concurrir ánimo de lucro en la conducta descrita se aplicará, tal y como establece el precepto citado anteriormente, la pena de multa de tres a doce meses o prisión de tres meses a un año en su mitad superior.

### 2.3.2 Pertenencia a una organización criminal

Este elemento agravante se regula en el artículo 318 bis, apartado 3, letra a). Dicho precepto establece lo siguiente:<sup>58</sup>

*“Los hechos a que se refiere el apartado 1 de este artículo serán castigados con la pena de prisión de cuatro a ocho años cuando concorra alguna de las circunstancias siguientes:*

---

<sup>55</sup> Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. BOE, núm. 77, de 31 de marzo de 2015.

<sup>56</sup> SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, Delitos, 2002, pp. 105 y 106.

<sup>57</sup> STS 311/2015, 26-2.

<sup>58</sup> Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. BOE, núm. 77, de 31 de marzo de 2015.

*a) Cuando los hechos se hubieran cometido en el seno de una organización que se dedicare a la realización de tales actividades. Cuando se trate de los jefes, administradores o encargados de dichas organizaciones o asociaciones, se les aplicará la pena en su mitad superior, que podrá elevarse a la inmediatamente superior en grado”.*

Según el CP la organización criminal es aquella agrupación compuesta por más de dos personas con carácter estable o por tiempo indefinido, que coordinadamente distribuyen un conjunto de tareas con la finalidad de cometer delitos.<sup>59</sup> Dicha organización se encarga de ofrecer a los migrantes diversos servicios para llevar a cabo el traslado ilegal, algunos ejemplos son: la entrega de documentos falsos, identificación de posibles rutas, facilitación del transporte, alojamiento, asistencia, etcétera.<sup>60</sup>

La justificación de la pertenencia a una organización criminal como subtipo agravado radica en la reprochabilidad de llevar a cabo la conducta con la finalidad de obtener un beneficio económico; y, en la gran capacidad que tiene una organización criminal de producir la lesión de bienes jurídicos, ya que en numerosos casos el tráfico ilegal acarrea consigo la vulneración de numerosos derechos del migrante.<sup>61</sup>

Es importante destacar, que la reforma efectuada por la LO 1/2015 da lugar a la eliminación del término “asociación” y el carácter transitorio de la organización. Sin embargo, cuando el precepto hace referencia a los jefes, administradores o encargados emplea el término “asociación”, por lo tanto, se mantiene de forma inconexa en el artículo.<sup>62</sup>

Para aquellos supuestos de apreciación del elemento agravante de pertenencia a una organización criminal, se dispone la aplicación de la pena de prisión de cuatro a ocho años, agravada si la comisión de la conducta típica la llevan a cabo los jefes, encargados o administradores de la organización o asociación, imponiendo la pena prevista en su mitad superior, pudiendo elevarse a su superior en grado.

En definitiva, este elemento agravatorio con el transcurso del tiempo ha adquirido verdadera relevancia debido a la proliferación de redes internacionales dedicadas al

---

<sup>59</sup> Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. BOE, núm. 77, de 31 de marzo de 2015.

<sup>60</sup> SILVEIRA MARTINS, Tráfico de personas, 2016, p. 93.

<sup>61</sup> SERRANO-PIEDRASAS, Manuales de colección continuada, 5 (1999), p. 342.

<sup>62</sup> LUZÓN CUESTA, Compendio, 2017, p. 284.

tráfico ilegal de migrantes.<sup>63</sup> Relevancia adquirida por encontrar en este delito un campo especialmente lucrativo y que genera menos riesgos que otros supuestos de tráfico, en la medida en que el tráfico de migrantes supone un lucro fácil y habitualmente anticipado.<sup>64</sup>

### 2.3.3 Peligro para la vida o integridad física de la persona

El elemento agravante de peligro para la vida o integridad física de la persona lo regula el artículo 318 bis, apartado 3, letra b), que reza lo siguiente: <sup>65</sup>

*“Los hechos a que se refiere el apartado 1 de este artículo serán castigados con la pena de prisión de cuatro a ocho años cuando concurra alguna de las circunstancias siguientes:*

*b) Cuando se hubiera puesto en peligro la vida de las personas objeto de la infracción, o se hubiera creado el peligro de causación de lesiones graves”.*

Este elemento agravante, al igual que el anterior, presenta una doble reprochabilidad; por un lado, se reprocha el paso de una etapa de peligro abstracto a otra de peligro concreto para la vida o integridad física del migrante, y, por otro, se recrimina la falta de escrúpulos del autor al considerar irrelevantes los daños que puede sufrir el migrante durante el traslado ilegal.<sup>66</sup>

El peligro concreto está caracterizado por la creación de una situación de riesgo y la producción de un daño directo sobre el bien jurídico del migrante, por lo tanto, no es suficiente que las condiciones en las que se produce el traslado de la persona sean peligrosas, sino que habrá que verificar que realmente existió una situación de peligro para la vida o la integridad del migrante objeto de tráfico.<sup>67</sup> En este sentido, se manifiesta la SAP, de 9-10-2001: *“[...] el subtipo agravado deriva de las condiciones concretas en las que se realiza el viaje [...] y a nadie escapa las condiciones infrahumanas y de efectiva puesta en peligro de la vida de la inmigrante teniendo en cuenta el habitáculo en que fue ocultada, entre el motor y radiador con los manguitos de agua sobre el cuerpo, con la posibilidad de respirar gases tóxicos. El hecho de que fueran los propios agentes de la Guardia Civil intervinientes, quienes con dificultad la sacan de dicho hueco,*

---

<sup>63</sup> ORTEGA MARTÍN, Manual Práctico, 2010, p. 698.

<sup>64</sup> SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, Delitos, 2002, pp. 115 y 116.

<sup>65</sup> Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. BOE, núm. 77, de 31 de marzo de 2015.

<sup>66</sup> ORTEGA MARTÍN, Manual Práctico, 2010, p. 696.

<sup>67</sup> SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, Delitos, 2002, p. 108.



*apreciando éstos que la misma presentaba sudores, síntomas de deshidratación, y agarrotamiento de los miembros superiores [...] confirman la realidad de una efectiva puesta en peligro de su vida [...]”.*<sup>68</sup>

Sin embargo, otros pronunciamientos sostienen que el peligro es inherente a determinadas formas de desplazamiento, como por ejemplo el empleo de pateras en el traslado. Por lo tanto, en estos supuestos basta que se advierta en el trayecto, de manera objetiva, circunstancias que probablemente causen un resultado lesivo.<sup>69</sup> Afirmación que se apoya en la STS 736/2016, de 5-10: “[...] dada la forma en que se navega en una patera [...] el procedimiento de transporte -con mínimas condiciones de seguridad y falta de elementales medidas de precaución para neutralizar los riesgos propios de un viaje de esa índole- conlleva en sí mismo el peligro que pretende evitar la norma penal”.<sup>70</sup>

Por último, en caso de concurrir la agravación de peligro para la vida o la integridad física de la persona, será de aplicación la pena de prisión de cuatro a ocho años.

#### **2.3.4 Prevalimiento de la condición de autoridad, agente de ésta o funcionario público**

El subtipo agravado de prevalimiento de la condición de autoridad, agente de ésta o funcionario público, lo regula el artículo 318 bis, apartado 4, que dispone lo siguiente: *“En las mismas penas del párrafo anterior y además en la de inhabilitación absoluta de seis a doce años, incurrirán los que realicen los hechos prevaleándose de su condición de autoridad, agente de ésta o funcionario público”.*<sup>71</sup>

En ese caso, el motivo de la agravación reside en la posibilidad que la autoridad, agente de ésta o funcionario público ofrece al migrante para llevar a cabo la conducta típica con mayor facilidad o menor riesgo, prevaleándose de su condición o cargo. Y, también, en la corrupción que resulta inherente al prevalimiento del cargo público.<sup>72</sup>

La jurisprudencia no exige que el autor se encuentre en el ejercicio de sus funciones, así se expone en la STS 727/2004, de 10-6: aunque el policía no se encontrase

---

<sup>68</sup> Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz, de 9 de octubre de 2001.

<sup>69</sup> LUZÓN CUESTA, Compendio, 2017, p. 284.

<sup>70</sup> STS 736/2016, 5-11.

<sup>71</sup> Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. BOE, núm. 77, de 31 de marzo de 2015.

<sup>72</sup> SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, Delitos, 2002, pp. 114 y 115.

en el ejercicio de sus funciones “[...] ese prevalimiento, efectivamente concurrente, en esta ocasión se produjo [...] al exhibir Ángel Jesús ante los responsables de los controles policiales sus credenciales como funcionario de policía, con la intención de beneficiarse indudablemente, de ese modo, de la confianza que su conducta podía generar ante quienes, en definitiva, eran sus propios compañeros”.<sup>73</sup>

Para finalizar, en el supuesto de comisión de la conducta típica y apreciación del elemento agravante de prevalimiento de la condición autoridad, agente de ésta o funcionario público, se impondrá una pena de prisión de cuatro a ocho años, además de la inhabilitación absoluta de seis a doce años.

## 2.4 Subtipo atenuado

El artículo 318 bis, apartado 6, del CP recoge un supuesto de atenuación discrecional, que establece lo siguiente: *“Los tribunales, teniendo en cuenta la gravedad del hecho y sus circunstancias, las condiciones del culpable y la finalidad perseguida por éste podrán imponer la pena inferior en un grado a la respectivamente señalada”*.<sup>74</sup>

En determinados supuestos se pretende proteger la proporcionalidad entre la pena aplicable y la conducta típica caracterizada por su levedad. En este sentido la jurisprudencia ha establecido los criterios que se tendrán en cuenta para proceder a la apreciación del subtipo atenuado:<sup>75</sup>

- Gravedad del hecho. Es fundamental prescindir de los datos que ya se hubiesen tenido en cuenta para aplicar otras circunstancias.

La jurisprudencia también valora, entre las circunstancias que se podrían tener en cuenta para aplicar la atenuación, la escasa complejidad del procedimiento de ocultación o el hecho de que exista un único migrante.<sup>76</sup> Así lo expresa la STS 887/2005, de 30-6: *“[...] hay un elemento favorable a la disminución de la pena, el ser una sola persona la transportada [...]”*.<sup>77</sup>

---

<sup>73</sup> STS 727/2004, 10-6.

<sup>74</sup> Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. BOE, núm. 77, de 31 de marzo de 2015.

<sup>75</sup> Circular 5/2011, de 2 de noviembre, sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de extranjería e inmigración, p. 30.

<sup>76</sup> LUZÓN CUESTA, Compendio, 2017, p. 284.

<sup>77</sup> STS 887/2005, 30-6.

- Condiciones del culpable. Es irrelevante que el autor carezca de antecedentes penales.
- Finalidad que persigue el autor del delito.

Existen supuestos en los que se procederá a la apreciación de este subtipo atenuado y, por consiguiente, a la imposición de una pena inferior en un grado a la señalada, entre ellos destacan: la existencia de un vínculo de parentesco entre autor y migrante, y el migrante como piloto de embarcación.<sup>78</sup>

Por un lado, en el supuesto de existencia de un vínculo de parentesco entre el autor y el migrante, la ayuda a la entrada, tránsito o permanencia realizada por el autor se basa, únicamente, en la colaboración por petición expresa del migrante. Evidentemente, en estos supuestos se reduce la posibilidad que tiene el migrante de sufrir una violación de sus bienes jurídicos individuales, ya que el autor realizará su comportamiento con la finalidad de beneficiarlo, siendo diligente, y sin la intención de causarle ningún daño.

Por otro lado, en el supuesto en que el migrante es piloto de la embarcación, se deberá acreditar la realización de tareas de colaboración como forma de pago de su propio transporte, siempre que las condiciones del transporte no supongan un riesgo extremadamente alto.

En oposición a estos supuestos, existen otros en los que no se aplicará la atenuación, por ejemplo, cuando el autor sea una autoridad, agente de ésta o funcionario público, cuando la conducta típica sea realizada por un agente de la autoridad que se dedique profesionalmente a esas actividades delictivas, o lo haga habitualmente y con ánimo de lucro, cuando quede acreditada la intención de volver a realizar hechos de idéntica naturaleza, y cuando sea elevado el número de personas transportadas.<sup>79</sup>

### **3. Ausencia de responsabilidad penal del migrante objeto de tráfico ilegal**

Existen dos tipos de responsabilidades en relación con el migrante, la responsabilidad penal y la administrativa. En cuanto a la responsabilidad penal del migrante, el Protocolo establece que los migrantes no estarán sometidos a enjuiciamiento

---

<sup>78</sup> Circular 5/2011, de 2 de noviembre, sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de extranjería e inmigración, p. 31.

<sup>79</sup> MAYORDOMO RODRIGO, EPCrim., Vol. XXXI (2011), p. 347.

penal si han sido objeto de alguna de las siguientes conductas: tráfico de migrantes o creación, facilitación, suministro o posesión de un documento de viaje o identidad falso con la finalidad de posibilitar el tráfico ilegal de migrantes.<sup>80</sup> Tal y como se ha indicado anteriormente, la finalidad del protocolo radica en garantizar una protección de los derechos de los migrantes.<sup>81</sup>

Por lo tanto, afirmamos que el migrante está exento de responsabilidad penal cuando ha sido objeto de las conductas descritas anteriormente, referidas tanto al tráfico ilícito como a aquellas conductas relacionadas con la adquisición de documentación falsa para la comisión del delito, sin perjuicio de la responsabilidad administrativa en que pueden incurrir.<sup>82</sup>

Como regla general el migrante queda exento de responsabilidad penal; sin embargo, existen supuestos en los que su conducta resultará punible, aunque, como hemos explicado anteriormente, cabe la posibilidad de apreciar el subtipo atenuado. Estos supuesto son aquellos en los que el migrante juega un doble papel en el tráfico porque actúa como objeto del tráfico ilegal y a su vez como sujeto activo (cómplice) del tráfico de terceros migrantes, por ejemplo, en caso de ser piloto de la embarcación.<sup>83</sup>

En relación con la responsabilidad administrativa, hay que destacar que la LO 4/2000 contiene una figura denominada “Colaboración contra redes organizadas”, que concede la posibilidad a la autoridad administrativa de eximir al extranjero ilegal de responsabilidad administrativa, concediéndole a su elección permiso de trabajo/residencia o garantizándole el retorno a su país, si éste denuncia al autor o cooperadores del delito o colabora con las autoridades en la persecución del delito de tráfico del cual ha sido objeto, ya sea aportando información relevante o testificando.<sup>84</sup>

En definitiva, es imprescindible distinguir entre aquellas acciones de tráfico ilegal o creación, facilitación, suministro o posesión de un documento de viaje o identidad falso empleados para llevar a cabo el tráfico ilegal, que eximen de responsabilidad penal al

---

<sup>80</sup> Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, hecho en Nueva York el 15 de noviembre de 2000, art. 5 y 6.

<sup>81</sup> ÚBEDA-PORTUGUÉS, Nova et Vétera, Vol. 20, 64 (2011), p. 145.

<sup>82</sup> MAYORDOMO RODRIGO, Eguzkilore, 21 (2007), p. 286.

<sup>83</sup> GERONIMI EDUARDO, Aspectos jurídicos del tráfico, 2002, p. 27.

<sup>84</sup> Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. BOE, núm. 10, de 12 de enero de 2000, art. 59.

migrante; y aquellas acciones que, fuera de esos límites y dentro del desarrollo del tráfico, sí son constitutivas de delito.

#### **4. Responsabilidad penal de la persona jurídica**

El artículo 318 bis, apartado 5, regula la responsabilidad penal de la persona jurídica, que reza lo siguiente: *“Cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis una persona jurídica sea responsable de los delitos recogidos en este Título, se le impondrá la pena de multa de dos a cinco años, o la del triple al quíntuple del beneficio obtenido si la cantidad resultante fuese más elevada. Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33”*.<sup>85</sup>

La responsabilidad penal de la persona jurídica se regula de forma detallada a partir de la reforma efectuada por la LO 5/2010, debido a la insistencia de numerosos instrumentos jurídicos, como la Convención, la Decisión marco 2002/946/JAI o la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, que exigían concretar una responsabilidad penal clara para las mismas; así, se logra apreciar dicha responsabilidad en aquellos supuestos que lo prevean expresamente.<sup>86</sup>

Algunas novedades de especial importancia son la posibilidad de declarar la responsabilidad penal de la persona jurídica con independencia de que se pueda o no individualizar la responsabilidad penal de la persona física y la regulación de supuestos de atenuación de la responsabilidad penal de la persona jurídica.<sup>87</sup>

Posteriormente, se produce la reforma operada por la LO 1/2015 que realiza una mejora técnica de su regulación con la finalidad de delimitar adecuadamente el contenido de “debido control”, que en caso de quebrantarse puede dar lugar al fundamento de la responsabilidad penal. Mejora llevada a cabo para poner fin a ciertas dudas interpretativas y seguir las recomendaciones de algunas organizaciones internacionales.<sup>88</sup>

---

<sup>85</sup> Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. BOE, núm. 77, de 31 de marzo de 2015.

<sup>86</sup> MAYORDOMO RODRIGO, EPCrim., Vol. XXXI (2011), p. 344

<sup>87</sup> Preámbulo de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. BOE, núm. 152, de 23 de junio de 2010.

<sup>88</sup> Preámbulo de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. BOE, núm. 77, de 31 de marzo de 2015.

En la actual redacción, el apartado cinco realiza una doble clasificación de los sujetos que podrán cometer el delito de tráfico ilegal de migrantes, así, se establece que el delito podrá ser perpetrado por sus representantes legales o por aquellos que están autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica o poseen facultades de organización y control.

De este modo, la persona jurídica será penalmente responsable de los siguientes delitos: <sup>89</sup>

- Delitos cometidos en nombre o por cuenta de la misma, y en su beneficio, por sus representantes legales o por aquellos que están autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica o tienen facultades de organización, actuando individualmente o como integrantes de un órgano de la persona jurídica.
- Delitos cometidos en la realización de actividades sociales y por cuenta y beneficio de la misma, por aquellos que están sometidos a la autoridad de una persona física y han realizado los hechos porque éstas han incumplido su tarea de supervisión, vigilancia y control de su actividad.

En estos supuestos se aplicará la pena de multa de dos a cinco años, o la del triple al quíntuple del beneficio obtenido si la cantidad resultante fuese más elevada. También se podrá imponer, adicionalmente, las siguientes penas: multa por cuota o proporcional, disolución de la persona jurídica, suspensión de actividades, clausura de locales y establecimientos, prohibición de desarrollar actividades en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito, inhabilitación para recibir subvenciones y ayudas públicas o intervención judicial.

En cuanto a la exención de la responsabilidad penal de la persona jurídica<sup>90</sup>, en el primer supuesto, la persona jurídica puede quedar exenta de responsabilidad penal si cumple determinadas condiciones:

- El órgano de administración, antes de la comisión del delito, ha adoptado modelos de organización y gestión ideales para prevenir o reducir el riesgo de comisión de este delito.

---

<sup>89</sup> Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. BOE, núm. 77, de 31 de marzo de 2015, art 31 bis.

<sup>90</sup> Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. BOE, núm. 77, de 31 de marzo de 2015, art 31 bis.

- La supervisión del funcionamiento y cumplimiento del modelo de prevención ha sido conferida a una persona jurídica con poderes autónomos o que tenga atribuida legalmente la función de supervisar.
- Los autores han cometido el delito evadiendo los controles de organización y gestión.
- Que el órgano no haya producido una omisión o ejercicio insuficiente de sus funciones.

En el segundo supuesto de responsabilidad penal de la persona jurídica, ésta quedará exenta de responsabilidad penal si, antes de la comisión del delito, ha adoptado y ejecutado un modelo de organización y gestión idóneos para prevenir o reducir el riesgo de comisión de este delito.

## **5. Exención de la responsabilidad penal en el supuesto de ayuda humanitaria**

Una novedad incorporada con la reforma de la LO 1/2015 es la introducción de una cláusula que establece la exención de responsabilidad penal, cuando la intención del autor es únicamente prestar ayuda humanitaria al migrante. De este modo, el supuesto de ayuda humanitaria queda redactado en el artículo 318 bis, apartado 1, párrafo 2º, en los términos siguientes: *“Los hechos no serán punibles cuando el objetivo perseguido por el autor fuere únicamente prestar ayuda humanitaria a la persona de que se trate”*.<sup>91</sup>

Las conductas que quedan amparadas por esta cláusula de exención de la responsabilidad penal son la ayuda a la entrada o tránsito por territorio español, por consiguiente, queda fuera de su ámbito de aplicación las conductas de ayuda a la permanencia y aquellas cometidas con ánimo de lucro.

El término de “ayuda humanitaria” se puede definir como aquella forma de auxilio o colaboración solidaria que busca la protección de aquellas personas desplazadas cuya vida o salud están amenazadas por un desastre, catástrofe natural o conflicto armado. Por lo tanto, las conductas que se realicen con esta finalidad y cumpliendo los principios de

---

<sup>91</sup> Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. BOE, núm. 77, de 31 de marzo de 2015.

humanidad, imparcialidad y neutralidad en que se basa la ayuda humanitaria, quedarán exentas de responsabilidad penal.<sup>92</sup>

Por el contrario, sí existirá responsabilidad penal en el supuesto de ayuda generosa, apoyo o protección a los propios familiares o personas cercanas al colaborador con el que tiene un vínculo emocional, debido al incumplimiento de los principios de imparcialidad y neutralidad mencionados anteriormente.<sup>93</sup> Sin embargo, a pesar de su punibilidad, es posible la apreciación del subtipo atenuado del delito.

En cuanto a la naturaleza de esta cláusula existen dos posiciones doctrinales contrarias: considerar la ayuda humanitaria como causa de exclusión o supresión de la punibilidad penal, o como causa de justificación.

Por un lado, la apreciación de una causa de exclusión supondría la existencia de un hecho típico, antijurídico y culpable; por lo tanto, deberíamos afirmar que la conducta llevada a cabo es constitutiva de delito, pero si concurre el requisito de ayuda humanitaria no se procede a la aplicación de la pena porque resulta contraproducente o merecedora de exención.<sup>94</sup> Tal y como afirma el CP, la exención de la responsabilidad penal no afecta a la responsabilidad civil. Por lo tanto, cuando se aprecia una causa de exclusión existe un delito, aunque no sea de aplicación la pena y, en consecuencia, podría existir responsabilidad civil, así lo afirma la STS 361/2007, de 24-4: “[...] autorizar al Tribunal del orden jurisdiccional penal a fin de que, una vez apreciada la excusa, pero declarada la existencia de un hecho típicamente antijurídico y culpable, se pronuncie sobre la responsabilidad civil”.<sup>95</sup>

Por otro lado, se puede considerar la ayuda humanitaria como causa de justificación. En este caso la ayuda a entrar o transitar por territorio español es un hecho a priori típico, pero se convierte en lícito porque concurre la causa de ayuda humanitaria que excluye su antijuridicidad. En cualquier caso, quien realice una conducta típica amparada por una causa de justificación no tendrá responsabilidad penal, ni civil.<sup>96</sup>

En conclusión, para la aplicación de esta cláusula de exención de responsabilidad penal será imprescindible que se cumplan los siguientes requisitos: que la conducta

---

<sup>92</sup> POMARES CINTAS, Revista de Estudios Jurídicos UNESP, 29 (2015), p. 15.

<sup>93</sup> MUÑOZ RUÍZ, RECPC, 18-08 (2016), p. 15.

<sup>94</sup> Ibídem, pp. 16-19.

<sup>95</sup> STS 361/2007, 24-4.

<sup>96</sup> MUÑOZ RUÍZ, RECPC, 18-08 (2016), pp. 19-23.



consista en la ayuda intencionada a entrar o transitar por territorio español, que se preste dicha ayuda a un no nacional de un Estado miembro de la UE, que se vulnere la legislación vigente sobre entrada y tránsito de extranjeros, y que el objetivo se únicamente prestar ayuda humanitaria.<sup>97</sup>

## **6. El delito de tráfico ilegal de migrantes y su delimitación con el delito de trata de seres humanos**

### **6.1 Reforma del Código Penal operada por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio.**

Para empezar, es importante recordar que, la Ley Orgánica 11/1999, de 30 de abril, de modificación del Título VIII del Libro II del Código Penal, aprobado por Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, incorporaba dentro del precepto relativo a la prostitución, un apartado que regulaba la modalidad de trata de personas con fines de explotación sexual.<sup>98</sup> De modo que, el artículo 188.2 del CP de 1999 disponía lo siguiente: *“será castigado con las penas de prisión de dos a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses el que directa o indirectamente favorezca la entrada, estancia o salida del territorio nacional de personas, con el propósito de su explotación sexual empleando violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o vulnerabilidad de la víctima”*.<sup>99</sup>

Siguiendo un orden cronológico, recordamos que, La Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, mediante su Disposición Final Segunda, introduce en el CP el Título XV bis bajo la rúbrica “Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros”.

Posteriormente, la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de Medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia domestica e integración social de los extranjeros, suprime el mencionado apartado 2 del artículo 188. Esta decisión podría haber dado lugar a una redacción independiente del delito de trata de seres humanos, que abarque diversas formas de explotación, no solo la sexual.<sup>100</sup> Sin embargo, esto no sucede,

---

<sup>97</sup> Ibídem, p. 10.

<sup>98</sup> POMARES CINTAS, Revista de Estudios Jurídicos UNESP, 29 (2015), p. 6.

<sup>99</sup> Ley Orgánica 11/1999, de 30 de abril, de modificación del Título VIII del Libro II del Código Penal, aprobado por Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre. BOE núm. 104, sábado 1 mayo 1999.

<sup>100</sup> POMARES CINTAS, Revista de Estudios Jurídicos UNESP, 29 (2015), p. 6.

ya que dicho apartado se traslada al artículo 318 bis, apartado 2, del CP, en los siguientes términos: *“Si el propósito del tráfico ilegal o la inmigración clandestina fuera la explotación sexual de las personas, serán castigados con la pena de 5 a 10 años de prisión”*.<sup>101</sup>

A partir de ésta reforma, se regulan conjuntamente ambas figuras, el delito de trata de seres humanos y el tráfico ilegal de migrantes, en el Título XV bis del CP, en su único artículo 318 bis. Dicha redacción dio lugar, sin duda, a numerosas dudas interpretativas por dos razones; por un lado, la regulación de dos delitos distintos en un mismo precepto; y, por otro, la alusión a una única modalidad de explotación, la sexual, excluyendo otras modalidades.<sup>102</sup>

Esta situación de confusión de ambos delitos regulados en un mismo precepto, mantenida incluso tras la siguiente reforma efectuada por la LO 13/2007<sup>103</sup>, plantea la necesidad de llevar a cabo una revisión del artículo 318 bis. Por ello, se lleva a cabo la reforma del CP operada por la LO 5/2010, en cuya exposición de motivos pone de manifiesto lo siguiente: *“El tratamiento penal unificado de los delitos de trata de seres humanos e inmigración clandestina que contenía el artículo 318 bis resultaba a todas luces inadecuado, en vista de las grandes diferencias que existen entre ambos fenómenos delictivos”*.

Era evidente la necesidad de separar la regulación de estos tipos delictivos, no solo con la finalidad de cumplir los mandatos de los compromisos internacionales, sino para poner fin a los múltiples conflictos interpretativos. Consecuentemente, se crea el Título VII bis, bajo la rúbrica *“De la trata de seres humanos”*, cuyo artículo 177 bis tipifica el delito de trata de seres humanos en el que predomina la protección de la dignidad y la libertad de la víctima.<sup>104</sup>

La creación del artículo 177 bis tendría que haber implicado la modificación del artículo 318 bis para que regulara únicamente las conductas de tráfico ilegal de migrantes; sin embargo, la reestructuración de los tipos delictivos sólo da lugar a la derogación del

---

<sup>101</sup> Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros. BOE núm. 234, de 30 de septiembre de 2003.

<sup>102</sup> DAUNIS RODRÍGUEZ, InDret, 1 (2010), p. 9.

<sup>103</sup> Ley Orgánica 13/2007, de 19 de noviembre, para la persecución extraterritorial del tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas.

<sup>104</sup> Preámbulo de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. BOE, núm. 152, de 23 de junio de 2010.

apartado 2 del artículo 318 bis. En este sentido, resulta contradictorio regular la trata de seres humanos en un artículo independiente y, dejar intacto en el artículo 318 bis el apartado relativo a los medios comisivos característicos del delito de trata. En definitiva, el legislador con esta reforma del 2010 lo único que logra es crear una mayor confusión terminológica de la que ya presentaba el artículo 318 bis.<sup>105</sup>

## **6.2 Reforma del Código Penal operada por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo.**

Con la reforma del CP de 2010, el delito de trata de seres humanos, en cierta medida, cumplió los mandatos internacionales y comunitarios<sup>106</sup>, que exigían una separación de ambos tipos delictivos. Sin embargo, quedaron cuestiones pendientes, para lograr una transposición completa de la normativa europea, que solucionará la reforma operada por la LO 1/2015. De este modo, algunas de las modificaciones que trae consigo la reforma respecto del delito de trata de seres humanos son: la introducción de una nueva forma de comisión del delito bajo la denominación de “entrega o recepción de pagos” para obtener el consentimiento de la persona que controla a las víctimas, regulación del tipo de explotación con la finalidad de la comisión de actos delictivos por la víctima para los explotadores, y, por último, se establece una delimitación del concepto de vulnerabilidad.<sup>107</sup>

Pese a tipificarse de forma independiente el delito de trata de seres humanos, tras la reforma de 2010, se mantuvo la misma penalidad para el delito de tráfico ilegal de migrantes, resultando demasiado agravada y, en ocasiones, desproporcionada.<sup>108</sup> Es entonces, cuando se lleva a cabo la reforma de 2015 que realiza una revisión del artículo 318 bis con una doble finalidad. Por un lado, se pretende definir con claridad las conductas constitutivas del delito de tráfico ilegal de migrantes, para diferenciarlo de la trata de seres humanos y, de este modo, cumplir los criterios que establece la Directiva 2002/90/CE. Y, por otro, se busca ajustar las penas conforme a lo dispuesto en la Decisión

---

<sup>105</sup> POMARES CINTAS, Revista de Estudios Jurídicos UNESP, 29 (2015), pp. 7-9.

<sup>106</sup> El Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente Mujeres y Niños; La Decisión Marco 2002/629/JAI del Consejo de la Unión Europea de 19 de julio (sustituido por la Directiva 2011/36/UE, de 5 abril de 2011, relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas) y el Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos de 16 de mayo de 2005.

<sup>107</sup> Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. BOE, núm. 77, de 31 de marzo de 2015.

<sup>108</sup> JAÉN VALLEJO, Reforma penal, 2015, p. 162.

Marco 2002/946/JAI, reservando las penas más graves para aquellos supuestos de criminalidad organizada y de puesta en peligro para la vida o integridad física del migrante, excluyendo la responsabilidad penal en aquellos supuestos de ayuda humanitaria.<sup>109</sup>

Las modificaciones que sufre el artículo 318 bis, con la reforma del 2015, son las siguientes:<sup>110</sup>

- Se suprime todo elemento que suponga forzar la voluntad o libertad de decisión o viciar el consentimiento del migrante. Asimismo, se elimina la referencia a víctima menor de edad o incapaz.
- En el apartado 1 se reduce el marco punitivo del tipo básico (ayuda a entrar, transitar o permanecer), se establece la pena de multa de tres a doce meses o prisión de tres meses a un año. Para los supuestos de ayuda a la entrada o tránsito, se introduce una cláusula de exención de la responsabilidad penal si el objetivo del autor es únicamente prestar ayuda humanitaria.
- En el apartado 2 se regula nuevo el supuesto se ayuda a la permanencia, regulado de forma separada, que exige la concurrencia de ánimo de lucro.
- En el apartado 3 se produce un agravamiento de la pena para aquellos supuestos de pertenencia a una organización criminal y peligro para la vida o integridad física de una persona, por lo tanto, estos hechos serán castigados con una pena de prisión de cuatro a ocho años.

A pesar de las transformaciones que sufre el mencionado artículo, se siguen manteniendo ciertos componentes de la anterior redacción: <sup>111</sup>

- La responsabilidad penal de las personas jurídicas y su pena aplicable, aunque se regulan en un apartado autónomo.
- El subtipo atenuado, que concede a los tribunales la facultad de atenuación de la pena.

---

<sup>109</sup> Preámbulo de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. BOE, núm. 77, de 31 de marzo de 2015.

<sup>110</sup> JAÉN VALLEJO, Reforma penal, 2015, pp. 162 y 163.

<sup>111</sup> POMARES CINTAS, Revista de Estudios Jurídicos UNESP, 29 (2015), p. 14.

### 6.3 Delimitación entre ambos delitos

Ha sido bastante difícil establecer una clara diferenciación entre el delito de tráfico ilegal de migrantes y la trata de seres humanos, sin embargo, tras la reforma del 2010 el legislador consigue fijar la ansiada distinción entre ambos delitos. Aunque esa redacción ha mejorado notablemente con la última reforma del 2015, no descartamos que se realice nuevamente una modificación, para continuar mejorando determinados aspectos.

Es importante dar una definición actual de ambos delitos. De este modo, definimos el tráfico ilegal de migrantes como aquella conducta típica consistente en proporcionar ayuda intencionada a una persona no nacional de un Estado miembro de la UE a entrar, transitar o permanecer en territorio español, vulnerando la legislación sobre entrada, tránsito o permanencia de extranjeros. Y, la trata de seres humanos se define como aquella conducta que consiste en captar, transportar, trasladar, acoger, o recibir personas, incluido el intercambio o transferencia de control sobre estas personas, siempre que el consentimiento se obtenga mediante el empleo de violencia, intimidación o engaño; abuso de la situación de superioridad, necesidad o vulnerabilidad de la víctima; o la entrega o recepción de pagos o beneficios, cuyo fin es la explotación de la víctima.<sup>112</sup>

A pesar de guardar cierta conexión, en cuestiones concursales que veremos más adelante, ambos delitos se diferencian en diversos aspectos, siendo los más característicos los siguientes:

- **Carácter transnacional del delito.** El tráfico ilegal de migrantes es un delito transnacional, porque exige que la conducta típica consista en el desplazamiento de una persona no nacional de un país a otro. En cambio, la trata de seres humanos puede tener carácter transnacional o nacional, porque engloba un amplio abanico de conductas, que no necesariamente exigen el traslado de la víctima de un país a otro, como en los casos de captar, acoger o recibir personas.<sup>113</sup>

En tal sentido la STS 188/2016, de 4-3, manifiesta lo siguiente: *“La diferencia básica entre la inmigración ilegal y la trata radica en que la primera siempre tiene un carácter transnacional, teniendo por objeto a un extranjero ajeno a la Unión Europea, [...] mientras que la trata de seres humanos puede tener carácter*

---

<sup>112</sup> Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. BOE, núm. 77, de 31 de marzo de 2015.

<sup>113</sup> DAUNIS RODRÍGUEZ, InDret, 1 (2010), p. 8.

*transnacional o no, ya que las víctimas pueden ser ciudadanos europeos, o incluso españoles*”.<sup>114</sup>

▪ Consentimiento. En el tráfico ilegal de migrantes, la persona objeto del tráfico presta libremente su consentimiento para que el autor lleve a cabo la conducta delictiva. Sin embargo, en la trata de seres humanos el consentimiento de la víctima es obtenido mediante el empleo de alguno de los medios, descritos anteriormente, que lo invalidan. Es importante precisar que, en los supuestos de trata de menores de edad, el consentimiento del menor siempre es inválido, sin necesidad de emplear estos medios.<sup>115</sup>

Afirmación que se apoya en la STS 188/2016, de 4-3, que dispone, respecto del tráfico ilegal de migrantes, lo siguiente: “[...] *la ayuda a la inmigración ilegal [...] se basa en el consentimiento del extranjero en la operación migratoria [...]*”. Asimismo, la STS 146/2020 de 14-5, se manifiesta, respecto de la trata de seres humanos, en los siguientes términos: “[...] *las conductas tipificadas en el tipo penal descrito (violencia, intimidación, engaño, abuso de situación de necesidad o de superioridad o vulnerabilidad de la víctima), inciden directamente en la libertad de la víctima [...]*” o “[...] *el uso de estos procedimientos típicos comisivos tiene la finalidad, [...] de anular la voluntad decisoria del sujeto pasivo [...]*”.<sup>116</sup>

▪ Beneficio obtenido. En el tráfico ilegal de migrantes, el beneficio económico se obtiene cuando en la conducta típica concurre el ánimo de lucro, es decir, el beneficio equivale al precio que el migrante paga al autor por su traslado. Por el contrario, en la trata de seres humanos el beneficio se obtiene de la explotación de la víctima. Así lo corrobora la STS 188/2016, de 4-3: “*En el supuesto de la trata de personas, la fuente principal de ingresos para los delincuentes [...] es el producto obtenido con la explotación de las víctimas en la prostitución, trabajos forzados, extracción de órganos u otras formas de abuso; mientras que, en el caso de la inmigración ilegal, el precio pagado por el*

---

<sup>114</sup> STS 188/2016, 4-3.

<sup>115</sup> DAUNIS RODRÍGUEZ, InDret, 1 (2010), p.8.

<sup>116</sup> STS 146/2020, 14-5.

*inmigrante irregular, cuando se realiza en el subtipo agravado de ánimo de lucro, es el origen de los ingresos [...]”.*<sup>117</sup>

Para finalizar, a modo de resumen, la siguiente tabla muestra de forma sintetizada y genérica las diferencias entre ambos delitos:

<b>Delito</b>	<b>Tráfico ilegal de migrantes</b>	<b>Trata de seres humanos</b>
<b>Normativa internacional</b>	Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire.	Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente de mujeres y niños.
<b>Normativa interna</b>	Artículo 318 bis CP.	Artículo 177 bis CP.
<b>Bien jurídico tutelado</b>	Interés estatal en el control de flujos migratorios.	Derechos humanos, en concreto la dignidad y libertad.
<b>Consentimiento</b>	Consentimiento prestado por el migrante.	Consentimiento obtenido mediante alguno de los medios citados, que lo invalidan.
<b>Denominación del sujeto pasivo</b>	Migrante objeto de tráfico ilegal.	Víctima.
<b>Medios comisivos</b>	Cualquier medio que suponga la infracción de la legislación sobre entrada, tránsito o permanencia de los extranjeros. Suele ser muy habitual el traslado en pateras.	Violencia, intimidación, engaño, abuso de la situación de superioridad, necesidad o vulnerabilidad de la víctima, o entra o recepción de pagos o beneficios.
<b>Finalidad</b>	Ayudar al migrante en el desplazamiento ilegal.	Explotación de la víctima.

---

<sup>117</sup> STS 188/2016, 4-3.

<b>Finalización del delito</b>	Termina con la llegada del migrante a su país de destino.	Persiste en el tiempo dada su finalidad.
<b>Beneficio obtenido</b>	Cuantía que el migrante paga por el traslado de un país a otro.	Beneficio que obtienen de la explotación de la víctima.

#### 6.4 Caso práctico

Al hilo del apartado anterior, vamos a analizar la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid 677/2012, de 26 de diciembre, para mostrar como el artículo 318 bis, debido a la confusión que existía entre ambos delitos antes de la reforma de 2010, regulaba el delito de trata de seres humanos como una modalidad alterada de tráfico ilegal de migrantes y viceversa. Por ello, en este caso veremos que se lleva a cabo la comisión de dos delitos iguales en distintos momentos, sin embargo, se castiga uno de ellos como un delito de tráfico ilegal de migrantes y el otro como trata de seres humanos, en función de la ley vigente y aplicable en el momento de la comisión del tipo delictivo.<sup>118</sup>

Procesados: Cosme, mayor de edad, sin antecedentes penales, de nacionalidad paraguaya y en situación de extranjero regular en España y Felisa mayor de edad, sin antecedentes penales, y de la misma nacionalidad.

Resumen del primer supuesto: Con anterioridad a diciembre del 2010, el procesado Cosme, a través y de acuerdo con su madre que vivía en Paraguay, contactó con su vecina (nos referiremos a ella como “XX”) para ofrecerle venir a España y ejercer la prostitución en su domicilio, afirmando que ganaría suficiente dinero para salir de la mala situación económica que vivía con sus cuatro hijos en Paraguay.

Dada la aceptación de XX, Cosme envió dinero a su madre para la adquisición de los billetes de avión de ida y vuelta, pasaporte y una reserva de hotel de siete días, además se le entregó 835 euros para aparentar ser una turista. Así, XX embarcó en el avión el día 10 de diciembre de 2010 y fue recogida en el aeropuerto por Cosme y su esposa Felisa.

A las dos semanas de su llegada, Cosme le ordenó que empezara a ejercer la prostitución, dando instrucciones sobre la ropa exigida, lugar de trabajo y precio por el servicio, asimismo le advirtió que en todo momento estaría vigilada. Puesto que las

---

<sup>118</sup> Sentencia Audiencia Provincial de Madrid 677/2012, 26-12.



condiciones eran distintas a las que en su momento le ofrecieron, XX manifestó su deseo de regresar a Paraguay, pero Cosme y Felisa se opusieron y le indicaron que debía saldar la deuda de los gastos ocasionados por el viaje. Fueron numerosas las veces, sin éxito, que XX manifestó su deseo de regresar a su país de origen, hasta que consiguió escapar del domicilio de Cosme y Felisa.

Resumen del segundo supuesto: En marzo de 2011, Felisa contactó con su hermano Diego que vivía en Paraguay, y éste con la hermana de su pareja (nos referiremos a ella como “YY”). A YY se le ofreció un trabajo en España que consistía en cuidar a un menor a cambio de un sueldo de 1.300 euros, dinero suficiente para hacer frente a los gastos que se generaría para su viaje a España, tales como el billete de ida y vuelta, una cámara de fotos y la entrega de 800 euros para simular ser turista.

YY llegó a España el día 26 de marzo a un hotel, y fue recogida al día siguiente por Felisa para llevarla a su domicilio. Tras su llegada al domicilio, Cosme le relevó que la finalidad del viaje era el ejercicio de la prostitución, y que debía entregar del dinero obtenido para saldar la deuda contraída de 4.500 euros por su viaje a España.

Al igual que el caso anterior, le dieron instrucciones para empezar a ejercer la prostitución. YY en numerosas ocasiones manifestó su interés de abandonar la prostitución, siendo amenazada en todas ellas. Finalmente, con la ayuda de un cliente decidió denunciar los hechos y abandonar el domicilio de Felisa y Cosme.

Tal y como establece el CP, para determinar la ley aplicable en el tiempo se tendrá en cuenta el momento de la comisión de los hechos.

En el primer supuesto, teniendo en cuenta que el delito se cometió el 10 de diciembre de 2010, y, que la LO 5/2010 no entra en vigor hasta seis meses después de su publicación en el BOE, es decir, hasta el 23 de diciembre de 2010, será de aplicación el CP de 2007, cuyo artículo 318 bis, que regulaba ambos delitos en el mismo precepto, establecía lo siguiente: *“1. El que, directa o indirectamente, promueva, favorezca o facilite el tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas desde, en tránsito o con destino a España, o con destino a otro país de la Unión Europea, será castigado con la pena de cuatro a ocho años de prisión. 2. Si el propósito del tráfico ilegal o la inmigración clandestina fuera la explotación sexual de las personas, serán castigados*

*con la pena de cinco a 10 años de prisión. [...]”*.<sup>119</sup> Por consiguiente, condenan a Cosme y Felisa como autores responsables de un delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros a la pena de cinco años de prisión e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, a cada uno de ellos.

En el segundo supuesto, el delito se cometió en marzo de 2011, por lo tanto, ya había entrado en vigor la LO 5/2010, que había incorporado la regulación independiente del delito de trata de seres humanos en el artículo 177 bis, suprimiendo el apartado 2 del artículo 318 bis. Por consiguiente, en este caso, será de aplicación el CP de 2010, cuyo artículo 177 bis dispone lo siguiente: *“1. Será castigado con la pena de cinco a ocho años de prisión como reo de trata de seres humanos el que, sea en territorio español, sea desde España, en tránsito o con destino a ella, empleando violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o de vulnerabilidad de la víctima nacional o extranjera, la capture, transportare, trasladare, acogiere, recibiere o la alojare con cualquiera de las finalidades siguientes: a) La imposición de trabajo o servicios forzados, la esclavitud o prácticas similares a la esclavitud o a la servidumbre o a la mendicidad. b) La explotación sexual, incluida la pornografía. c) La extracción de sus órganos corporales. [...]”*<sup>120</sup> Por ello, condenan a Cosme y a Felisa como autores responsables de un delito de trata de personas con fines de explotación sexual, a la pena de cinco años de prisión e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, a cada uno de ellos.

## **7. Cuestiones concursales**

### **7.1 Tráfico ilegal de migrantes y trata de seres humanos (Arts. 318 bis y 177 bis, apartado 9)**

Un posible supuesto de colisión del artículo 318 bis es el que puede darse respecto a la figura delictiva de trata de seres humanos que recoge el artículo 177 bis. De este modo, el apartado nueve del artículo 177 bis contiene una regla concursal específica, en los siguientes términos: *“En todo caso, las penas previstas en este artículo se impondrán*

---

<sup>119</sup> Ley Orgánica 13/2007, de 19 de noviembre, para la persecución extraterritorial del tráfico ilegal o la inmigración clandestina de persona s.

<sup>120</sup> Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. BOE, núm. 152, de 23 de junio de 2010.

*sin perjuicio de las que correspondan, en su caso, por el delito del artículo 318 bis de este Código y demás delitos efectivamente cometidos, incluidos los constitutivos de la correspondiente explotación.”*<sup>121</sup>

De este modo, se abre la posibilidad de concurso entre ambos tipos delictivos cuando coincidan en un mismo hecho, esto sucede: bien, cuando una vez cometido el delito de tráfico ilegal de migrantes, éste no finaliza con la llegada del migrante a su destino, sino que constituye un paso previo a la posterior explotación, incurriendo en el delito de trata de seres humanos, o, bien, cuando en el desarrollo de la conducta típica de la trata de seres humanos, se comete a su vez el delito de tráfico ilegal de migrantes como consecuencia del desplazamiento ilegal de la persona.<sup>122</sup>

En cuanto a la problemática concursal existente entre los delitos de tráfico ilegal de migrantes y trata de seres humanos, la jurisprudencia se manifiesta a favor de calificar el concurso como real.<sup>123</sup> En este sentido destaca la STS 807/2016, de 27-10, que afirma lo siguiente: *“El párrafo nueve del art 177 bis dispone que en todo caso las penas previstas en este artículo se impondrán sin perjuicio de las que correspondan, en su caso, por el art 318 bis de este Código, que responde a un bien jurídico diferente, por lo que ambos preceptos se aplicarán separadamente, en relación de concurso real”*.<sup>124</sup> Del mismo modo, la STS 422/2020, de 23-7, supuesto en el que a una persona se le ofrece un trabajo en España, cuyo verdadero fin era la explotación sexual, y para llevar a cabo el desplazamiento se tuvieron que burlar los puestos fronterizos, manifiesta lo siguiente: *“Ha sido correcta la calificación delictiva en concurso real del delito de inmigración ilegal con el correspondiente delito de trata de seres humanos [...]”*.<sup>125</sup> Y, la STS 430/2019, de 27 de septiembre, también establece la posibilidad de concurso real entre los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros con un delito de trata de seres humanos con fines explotación sexual.<sup>126</sup>

---

<sup>121</sup> Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. BOE, núm. 77, de 31 de marzo de 2015.

<sup>122</sup> MAYORDOMO RODRIGO, EPCrim., Vol. XXXI (2011), p. 374.

<sup>123</sup> CONDE-PUMPIDO TOURÓN, Formación Continua de la Escuela Judicial, Actividad CU17083 (2017), pp. 1 y ss.

<sup>124</sup> STS 807/2016, 27-10.

<sup>125</sup> STS 422/2020, 2-7.

<sup>126</sup> STS 430/2019, 27-11.

## 7.2 Tráfico ilegal de migrantes y otros delitos

Por último, como continuación de las cuestiones concursales, hay que mencionar que, frecuentemente, el delito de tráfico ilegal de migrantes entra en concurso con otros delitos, entre ellos destacamos el delito de lesiones del artículo 147 y el homicidio del artículo 138 o 142 del CP.

Es muy probable que, en el desarrollo del tráfico ilegal de migrantes, alguno de los migrantes sufra lesiones o fallezca debido a las condiciones extremadamente peligrosas en las que son transportados.<sup>127</sup> En estos supuestos en los que el tráfico puede causar la lesión o la muerte del migrante, es importante diferenciar si el riesgo se crea respecto de una o varias personas. Por un lado, si el riesgo creado recae sobre una persona será de aplicación el tipo básico del artículo 318 bis y el delito resultado de la lesión o muerte, o, el subtipo agravado del 318 bis, si éste resulta castigado con pena mayor. Por otro, si el riesgo creado fue respecto de varias personas, pero se concretó solo en una, se aplicará un concurso de delitos entre el subtipo agravado del apartado 3 del artículo 318 bis y el delito de lesiones u homicidio imprudente. Y, por último, cuando el riesgo se crea respecto de varias personas y el resultado lesivo se materializa en todas ellas, estaremos ante un concurso entre el tipo básico del artículo 318 bis y el delito de lesiones u homicidio imprudente.<sup>128</sup> Un claro ejemplo de este último supuesto, lo encontramos en la STS 1418/2005, de 13-12, que coincide con el criterio de la AP que había aplicado un concurso entre el tipo básico del artículo 318 bis y el artículo 142 ambos del CP: “[...]condena de tres años de prisión por un delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros y treinta y siete años de prisión por los treinta y siete delitos de homicidio por imprudencia grave”.<sup>129</sup>

En definitiva, el delito de tráfico ilegal de migrantes puede entrar en concurso con multitud de delitos, tales como el delito de pertenencia a una organización criminal (art. 570 bis), delito de pertenencia a un grupo criminal (art. 570 ter), delito de secuestro (art. 163), delito de robo (art. 273), entre otros.

---

<sup>127</sup> Circular 5/2011, de 2 de noviembre, sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de extranjería e inmigración, p. 29.

<sup>128</sup> MAYORDOMO RODRIGO, EPCrim., Vol. XXXI (2011), p. 348.

<sup>129</sup> STS 1418/2005, 13-12.

## 8. Conclusiones

- I. Como se ha podido comprobar en la redacción de este trabajo, el delito de tráfico ilegal de migrantes ha sido y es bastante complejo. Este delito presenta un fenómeno que, actualmente, tiene gran relevancia, no solo a nivel nacional como se observa en nuestro país día a día, ya que España se ha convertido en el lugar de destino o de tránsito de un número elevado de extranjeros; sino también a nivel internacional, en el que los Estados han unido fuerzas para luchar contra este delito en beneficio del país y del extranjero.
- II. La entrada en vigor de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, supone un avance en el control de los constantes flujos migratorios y protección de los derechos de los extranjeros.
- III. La determinación del bien jurídico protegido ha sido muy debatida, sin embargo, la doctrina mayoritaria entiende que el bien jurídico predominante es el interés estatal en el control de los flujos migratorios. Nosotros consideramos que, en todos los supuestos, se tendría que dar protección a los derechos de los extranjeros, y no solo, de forma colateral, en los casos de grave peligro para la vida o integridad física de la persona tal y como afirma el TS. De ser así, carecería de sentido la rúbrica del Título XV bis denominada “Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros”.
- IV. Resulta bastante novedosa la incorporación de la cláusula de exención de responsabilidad penal en aquellos supuestos en los que la única finalidad del autor es la ayuda humanitaria a una determinada persona, es decir, el deseo de ayudar a una persona de forma desinteresada.
- V. Constituye un gran avance en relación con la delimitación de los delitos de tráfico ilegal de migrantes y trata de seres humanos, la reforma del Código Penal operada por la LO 5/2010 y mejorada notablemente con la siguiente reforma efectuada por la LO 1/2015. Gracias a dichas reformas, actualmente, se tiene una mayor

comprensión de la delimitación de ambos delitos necesaria para una correcta aplicación.

- VI. Hemos podido observar que en el desarrollo del tráfico ilegal de migrantes pueden ocurrir innumerables sucesos, dando lugar a la comisión de delitos que entran en concurso con el delito objeto de estudio.

## 9. Bibliografía <sup>130</sup>

CONDE-PUMPIDO TOURÓN, CANDIDO. Distinción entre Tráfico y Trata en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, en: Formación Continua de la Escuela Judicial, Actividad CU17083-El delito de trata de seres humanos (2017), pp. 1 y ss.

DAUNIS RODRÍGUEZ, ALBERTO. Sobre la urgente necesidad de una tipificación autónoma e independiente de la trata de personas, en: InDret, 1 (2010), pp. 1 y ss.

GERONIMI, EDUARDO. **Aspectos jurídicos del tráfico** y la trata de trabajadores migrantes, Programa de migraciones internacionales de la Oficina Internacional del Trabajo, Suiza, 2002, p. 27.

JAÉN VALLEJO, MANUEL y PERRINO PÉREZ, ÁNGEL LUIS. La **reforma penal** de 2015. Análisis de las principales reformas introducidas en el Código Penal por las Leyes Orgánicas 1 y 2/2015, de 30 de marzo, Madrid, Dykinson, 2015.

LAURENZO COPELLO, PATRICIA. La protección penal de los derechos de los ciudadanos extranjeros, en: RDPCrim., 12 (2003), pp. 63-93.

LÓPEZ CERVILLA, JOSÉ MARÍA. Tráfico ilícito de personas. La reforma del artículo 318 bis del Código Penal (I), Boletín del Ministerio de Justicia, 1977 (2004), pp. 3869 y 3881.

LUZÓN CUESTA, JOSÉ MARÍA. **Compendio** de Derecho Penal, Parte especial, 20.<sup>a</sup> ed., Madrid, Dykinson, 2017.

MASSO GARROTE, MARCOS FRANCISCO. La nueva regulación del derecho de extranjería en la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, en: AA, 11 (2001), pp. 241-259.

MAYORDOMO RODRIGO, VIRGINIA. La pertenencia a organización delictiva en el tráfico ilegal de personas: colaboración en su desmantelamiento como alternativa a la expulsión, en: Eguzkillo, 21 (2007), p. 286.

---

<sup>130</sup> Las palabras del título resaltadas en negrita son las que se han utilizado en las notas a pie de página.

MAYORDOMO RODRIGO, VIRGINIA. Nueva Regulación de la trata, el tráfico ilegal y la inmigración clandestina de personas, en: EPCrim., Vol. XXXI (2011), ISSN 1137-7550: 325-390, pp. 329, 344, 347 y 348.

MUÑOZ RUÍZ, JOSEFA. La ayuda humanitaria: ¿Una excusa absolutoria o una causa de justificación?, en: RECPC, 18-08 (2016), ISSN 1695-0194, pp. 15-23.

ORTEGA MARTÍN, EDUARDO. **Manual práctico** de Derecho de Extranjería, 4.<sup>a</sup> ed., Madrid, La Ley, 2010.

POMARES CINTAS, ESTHER. Reforma del código penal español en torno al delito de tráfico ilegal de migrantes como instrumento de lucha contra la inmigración ilegal en la Unión Europea, en: Revista de Estudios Jurídicos UNESP, 29 (2015), pp. 5-9 y 12-15.

QUINTERO OLIVARES. **Comentarios** a la Parte Especial del Derecho Penal, 3.<sup>a</sup> ed., Pamplona, Aranzadi, 2002.

RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, TERESA. Ley de extranjería y Derecho Penal, en: La Ley, 5261 (2001), pp. 1736 y 1737.

SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, JOSÉ E. **Delitos** contra los derechos de los ciudadanos extranjeros, Barcelona, Atelier, 2002.

SALINERO ECHEVARRÍA, SEBASTIÁN. El delito de tráfico de migrantes. Un análisis comparado a los tipos penales español y chileno, en: Revistas jurídicas UNAM, Boletín Mexicano de Derecho Comparado, nueva serie, 155 (2019), pp. 1022, 1033 y 1034.

SERRANO-PIEDECASAS FERNÁNDEZ, JOSÉ RAMÓN. Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros, en: Manuales de colección continuada, 5 (1999), pp. 342, 385 y 386.

SILVEIRA MARTINS, AMAURY. El delito de tráfico de personas, Facultad de Derecho, Universidad de Sevilla, 2016, dirigido por Polainco Navarrete, p. 93.

TORRES FERNÁNDEZ, MARÍA ELENA. El tráfico de personas con fines de inmigración ilegal del artículo 318 bis del código penal, en: La Ley, 6491 (2006), p. 4.

ÚBEDA-PORTUGUÉS, JOSÉ ESCRIBANO. Evolución y desarrollos normativos en el derecho internacional y europeo en la lucha contra la trata de personas y el tráfico ilícito de migrantes, en: Nova et Véteria, Vol. 20, 64 (2011), pp. 145 y 146.



## 10. Legislación

1. Ley Orgánica 11/1999, de 30 de abril, de modificación del Título VIII del Libro II del Código Penal, aprobado por Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre. BOE núm. 104, sábado 1 mayo 1999.
2. Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. BOE, núm. 10, de 12 de enero de 2000.
3. Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional. Resolución 55/25 de la Asamblea General, de 15 de noviembre de 2000.
4. Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, hecho en Nueva York el 15 de noviembre de 2000.
5. Decisión Marco 2002/946/JAI del Consejo de 28 de noviembre de 2002 destinada a reforzar el marco penal para la represión de la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregulares. Diario Oficial de las Comunidades Europeas L 328/1 de 5.12.2002.
6. Directiva 2002/90/CE del Consejo de 28 de noviembre de 2002 destinada a definir la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregulares. Diario Oficial de las Comunidades Europeas L 328/17 de 5.12.2002.
7. Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros. BOE núm. 234, de 30 de septiembre de 2003.
8. Decisión 2006/616/CE del Consejo, de 24 de julio de 2006, relativa a la celebración, en nombre de la Comunidad Europea, del Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional en lo que se refiere a las disposiciones del Protocolo, en la medida en que estas entran en el ámbito de aplicación de los artículos 179 y 181 A del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (DO L 262 de 22.9.2006).

9. Decisión 2006/617/CE del Consejo, de 24 de julio de 2006, relativa a la celebración, en nombre de la Comunidad Europea, del Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional en lo que se refiere a las disposiciones del Protocolo, en la medida en que estas entran en el ámbito de aplicación de la parte III, título IV, del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (DO L 262 de 22.9.2006).
10. Ley Orgánica 13/2007, de 19 de noviembre, para la persecución extraterritorial del tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas.
11. Ley modelo contra el tráfico ilícito de migrantes, Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, 2010.
12. Circular 5/2011, de 2 de noviembre, sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de extranjería e inmigración.
13. Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. BOE, núm. 77, de 31 de marzo de 2015.
14. Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. BOE, núm. 152, de 23 de junio de 2010.

## **11. Jurisprudencia**

Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz, de 9 de octubre de 2001.

STS 727/2004, 10-6.

STS 887/2005, 30-6.

STS 1059/2005, 28-9.

STS 1418/2005, 13-12.

STS 361/2007, 24-4.

Sentencia Audiencia Provincial de Madrid 677/2012, 26-12.

STS 311/2015, 26-2.

STS 188/2016, 4-3.

STS 482/2016, 3-6.

STS 512/2016, 10-6.

STS 536/2016, 17-6.

STS 807/2016, 27-10.

STS 736/2016, 5-11.

STS 430/2019, 27-11.

STS 146/2020, 14-5.

STS 422/2020, 2-7.